دور الشهادة في الإثبات

في

الفقه الإسلامي والقانون المدني

إعداد

أ . د / لاشين محمد يونس الغاياتي

أستاذ القانون المدني

وعميد كلية الشريعة والقانون بطنطا

بحث منشور

فى مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا

العدد الثامن عشر

١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م



بسم الله الرحمن الرحيم

****

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين ٠

أما بعـــــد ،،،

فإن الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري قد اهتما بوسائل الإثبات عامة حفاظا على الحقوق والأموال وعدم ضياعها ، وأن لا يدعي شخص حقا على آخر بدون حجة أو دليل وهذا أمر في غاية الخطورة ٠ وبلا شك كانت الشريعة الإسلامية أسبق بكثير من القانون المدني في وضع مبادئ الإثبات وغيرها من الأحكام الأخرى ٠ والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ٠٠٠ ﴾ الخ الآية (١) ٠

وقوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ﴾ (٢) ، وقول الرسول- صلى الله عليه وسلم - { البينة على من ادعى واليمين على من أنكر }(٣) وقول الرسول- صلى الله عليه وسلم- { لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه } (٤) وقول الرسول - صلى الله عليه وسلـــم-

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ ٠

(٢) سورة النساء آية ١٣٥ ٠

(٣) سبل السلام جـ ١ ص ١٣٢ ٠

(٤) المرجع السابق ٠

{ إنكم تختصمون إليّ فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه • فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فإنما أقطع لـه قطعة من النار } (١) •

وغير ذلك من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي اهتمت بالإثبات والحث عليه •

ولما كان للشهادة فى الفقه الإسلامي والقانون المدني دور أساسي فى الإثبات ، أردنا أن نفرد لها بحثا خاصا لما لها من أهمية علمية وعملية ، ولما يتحقق بها من حفظ الدماء وصيانة الأعراض ورد الحقوق إلى أصحابها والمظالم إلى أهلها واستتباب الأمن فى المجتمع ، وسيادة الطمأنينة والنظام •

ولذلك قال الرسول – صلى الله عليه وسلم – { البينة على المدعي واليمين على من أنكر } •

فهذا الحديث الشريف يعتبر مناراً للقضاء وأساساً للإثبات ، لأن أي ادعاء بدون دليل لا يقبل ، وإلا تطأول الناس على أموال غيرهم وأعراضهم وأنفسهم وأرواحهم :

[كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه] •

الباحث

أ • د / لاشين محمد يونس الغاياتي

عميد كلية الشريعة والقانون بطنطا

---

(١) سبل السلام جـ ٤ ص ١٢١ •

الشهـــــادة [البينـــــة]

****

معني الشهادة لغة واصطلاحا وقانونا :

١ - الشهادة في اللغة تحمل من المعاني الكثير :

فقد تكون بمعنى - الخبر القاطع - كما في قولـه تعالى : ﴿ **وما شهدنا إلا بما علمنا** ﴾ (١) واستعمالها بهذا المعنى كثير .

وقد تكون بمعنى الحضور كما في قوله تعالى : ﴿ **فمن شهد منكم الشهر فليصمه** ﴾ (٢) وشهد بمعنى حضر (٣) .

وقد ترد بمعنى المعاينة في قوله تعالى : ﴿ **وجعلوا الملائكة الذين هم عباد الرحمن إناثا أشهدوا خلقهم ستكتب شهادتهم ويسألون** ﴾ (٤) ومعنى أشهدوا خلقهم أي مشاهدة البصر (٥) وهي لا تتحقق إلا بالمعاينة .

وقد ترد الشهادة بمعنى الإقرار في قوله تعالى : ﴿ **شاهدين على أنفسهم بالكفر** ﴾ (٦) أي مقرين (٧) فالشهادة على النفس هي الإقرار .

وقد تأتي بمعني العلانية في قوله تعالى : ﴿ **عالم الغيب والشهادة** ﴾ (٨) أي السر والعلانية .

---

(١) سورة يوسف الآية : ٨١ .

(٢) سورة البقرة الآية : ١٨٥ .

(٣) القرطبي : ٢ / ٢٩٩ .

(٤) سورة الزخرف الآية : ١٩ .

(٥) المفردات في غريب القرآن للأصفهاني ص ٢٦٩ .

(٦) سورة التوبة الآية : ١٧

(٧) المفردات ص ٢٦٩ " شهد " .

(٨) سورة الأنعام الآية ٧٣ .

وقد تأتي الشهادة بمعني اليمين أو القسم في قوله تعالى : **﴿ فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ﴾** فالشهادة هاهنا بمعنى اليمين (١) وقد تأتي بمعنى التوحيد أو الموت في سبيل الله (٢) .

٢- في الاصطلاح الفقهي الشهادة هي الإخبار بحق للغير على الغير في مجلس القضاء (٣) .

وعرفها الشافعية : بأنها إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد (٤) .

وعرفها الحنابلة : بأنها الإخبار بما علمه بلفظ { أشهد أو شهدت } (٥)

وسميت شهادة لأنها مأخوذة من المشاهدة المتيقنة لأن الشاهد يخبر عما شاهده وتيقنه .

وسميت بالبينة لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق في ما اختلف فيه (٦) وهي إحدى الحجج التي تثبت بها الدعوى .

وقال ابن القيم : البينة في الشرع : اسم لما يبين الحق ويظهره .

وهي تارة تكون أربعة شهود ، وتارة ثلاثة بالنص في بينة المفلس ، وتارة شاهدين وشاهدا واحدا وامرأة واحدة ونكولا ويمينا أو خمسين يمينا أو أربعة أيمان ، وتكون شاهد الحال (أي القرائن في صور كثيرة (٧)

---

(١) سورة النور الآية : ٦ ، ولسان العرب لابن منظور مادة (شهد) .

(٢) انظر تفصيل ذلك في الموسوعة الفقهية لدولة الكويت مصطلح " شهادة " .

(٣) المرجع السابق ص ٢١٦ .

(٤) حاشية الجمل : ٥ / ٣٧٧ .

(٥) نيل المآرب بشرح دليل الطالب : ٢ / ٤٧٠ .

(٦) المغني لابن قدامه : ١٢ / ٤ .

(٧) الطرق الحكمية ص : ٢٤ .

وبذلك تكون البينة على هذا أعم من الشهادة .

الإقرار : هو الإخبار عن ثبوت حق للغير على المخبر .

الدعوى : قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل الغير أو دفع الخصم عن حق نفسه .

إذ الإقرار والدعوى والشهادات كلها إخبارات (١) .

الشهادة في الفقه الوضعي :

الشهادة في الاصطلاح القانوني : هي الإخبار في مجلس القضاء بما تحصل لدى الشاهد العلم به بشأن الواقعة المتنازع عليها بين طرفي الخصومة (٢) .

ومن هذا التعريف يتبين لنا الفرق بين الإقرار والشهادة .

فالإقرار : هو شهادة من المقر على نفسه بالحق المدعي به من جانب المقر له .

والشهادة : هي إخبار من الشاهد بحق لغيره على غيره (٣) .

حكم الشهادة في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي :

في الفقه الإسلامي : تحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية لقوله تعالى : ﴿ **ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا** ﴾ (٤) .

---

(١) انظر مصطلح إقرار في الموسوعة الفقهية : ٦ / ٦٧ .

(٢) أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية د / همام محمد زهران ص ٤٣٧ .

(٣) هامش المرجع السابق ص ٤٣٧ .

(٤) سورة البقرة الآية : ٢٨٢ .

وقولـه سبحانه وتعالى : ﴿ **وأقيموا الشهادة لله** ﴾ (١) وقولـه تعالى : ﴿ **ولا تكتموا الشهادة ، ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ....** ﴾ (٢) .

ولأن الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الأمانات .. فإذا أقام بها العدد الكافي سقط الإثم عن الجماعة ، وإن امتنع الجميع أثموا كلهم .

وإنما يأثم الممتنع إذا لم يتضرر بالشهادة وكانت شهادته تنفع ، فإذا تضرر في التحمل أو الأداء أو كانت شهادته لا تنفع ، بأن كان ممن لا تقبل شهادته ، أو كان يحتاج إلى التبذل في التزكية ونحوها ، لم يلزمه ذلك ، لقوله تعالى : ﴿ **ولا يضار كاتب ولا شهيد** ﴾ (٣) .

وقوله صلى الله عليه وسلم : { لا ضرر ولا ضرار } (٤) .

ويرى جمهور الفقهاء (٥) : بأن الإنسان إذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه التحمل أو الأداء ، لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه .

وقد يكون تحملها وأداؤها أو أحداهما فرضا عينيا إذا لم يكن هناك غير ذلك العدد من الشهود الذي يحصل به الحكم ، وخيف ضياع الحق .

وفي القانون الوضعي : من حق المحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها أو استجابة لطلب الخصم بإحالة الدعوى للتحقيق لسماع الشهود استظهاراً للحقيقة [م ٧٠ إثبات] وفي هذه الحالة يتعين على الشاهد تلبية دعوتها

---

(١) سورة الطلاق الآية : ٢ .

(٢) سورة البقرة الآية : ٢٨٣ .

(٣) سورة البقرة الآية : ٢٨٢ ، وانظر المغني لابن قدامة : ١٢ / ٣ .

(٤) سنن ابن ماجه : ٢ / ٧٨٤ ، جامع العلوم والحكم لابن رجب ص : ٢٨٦ .

(٥) الدر المختار : ٤ / ٣٦٩ ، القوانين الفقهية ص : ٢٠٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٠ ، المغني ١٢ / ٣ . وانظر الموسوعة الفقهية (مصطلح شهادة) .

للحضور وإلا قضى عليه بالغرامة المقررة وفقا للمادة ٧٨ إثبات التي تنص على أنه [إذا كلف الشاهد بالحضور تكليفا صحيحا ولم يحضر ، حكمت المحكمة أو القاضي المنتدب بغرامة مقدارها أربعون جنيها ، ويثبت الحكم في المحضر ولا يكون قابلا للطعن وفي أحوال الاستعجال الشديد يجوز أن تصدر المحكمة أو القاضي أمرا بإحضار الشاهد .

وفي غير هذه الأحوال يؤمر بإعادة تكليف الشاهد بالحضور إذا كان لذلك مقتضى وتكون عليه مصروفات ذلك التكليف ، إذا تخلف حكم عليه يضعف الغرامة المذكورة ، ويجوز للمحكمة أو القاضي إصدار أمر بإحضاره ..] .

وإذا حضر الشاهد بناء على أمر المحكمة وجب عليه الإدلاء بشهادته فإذا امتنع دون مبرر قانوني من أداء اليمين أو من الإجابة حكم عليه بغرامة لا تجاوز مائتي جنيه [م ٨٠ إثبات] .

ويجوز للمحكمة أو القاضي المنتدب إقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدى عذرا مقبولا [م ٧٩ إثبات] .

بل إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز أن ينتقل إليه القاضي المنتدب لسماع أقواله فإن كان التحقيق أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد قضاتها لذلك ، ويُدْعَي الخصوم لحضور تأدية هذه الشهادة ويحرر محضر بها يوقعه القاضي المنتدب والكاتب [م ٨١ إثبات] .

وإذا كان الامتناع عن الشهادة له مبرر قانوني فلا يجوز الحكم على الشاهد بالغرامة أيا كانت قيمتها .. وذلك وفقا لنص المواد ٦٥ ، ٦٦ ، ٦٧ إثبات حيث يمنع المشرع الفئات الواردة في هذه النصوص عن الشهادة في شأن الوقائع المحددة بهذه المواد السابقة .

وكل من شهد زورا في دعوى مدنية عوقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين [/ ٢٩٧ ، ٢٩٨ عقوبات] ويعاقب بمثل عقوبته من أكره شاهدا على عدم أداء الشهادة أو على الشهادة زورا [م ٣٠٠ عقوبات] ٠

ووفقا للأحكام المتعلقة بالمسئولية التقصيرية وقياسا على المادة ١١٧ إثبات التي تنص [على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي ، فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده] ٠

مشروعية الشهادة في الشريعة والقانون :

قد ثبتت مشروعية الشهادة كدليل للإثبات في الفقه الإسلامي بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول :

*** أما الكتـاب :**

فقوله تعالى : ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء** ﴾ (١) ٠
وقوله تعالى: ﴿ **ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه** ﴾ (٢) ٠ وقوله سبحانه : ﴿ **وأشهدوا ذوي عدل منكم** ﴾ (٣) ٠

*** وأما السنـة :**

فقول الرسول صلى الله عليه وسلم : { البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه } (٤) ٠

---

(١) سورة البقرة الآية : ٢٨٢ ٠

(٢) سورة البقرة الآية : ٢٨٣ ٠

(٣) سورة الطلاق الآية : ٢ ٠

(٤) سنن البيهقي : ١٠ / ٢٥٢ ٠

وما ورد عن وائل بن حجر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : { شاهداك أو يمينه } (١) ·

وقد أنعقد الإجماع على مشروعية الشهادة لإثبات الدعاوى إذا توافرت أركانها وشروطها حتى تصبح حجة شرعية تظهر الحق ولا توجبه ·

ولكن توجب على الحاكم أن يحكم بمقتضاها (٢) لأنها إذا استوفت شروطها فهي (مظهرة للحق والقاضي مأمور بالقضاء بالحق) ·

*** وأما المعقول :**

فلأن الحاجة داعية إليها لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع إليها ·

وسبب أداء الشهادة : طلب المدعي الشهادة من الشاهد · أو خوف فوت حق المدعي إذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا ·

أركان الشهـــادة :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن أركان الشهادة خمسة :

١ - الشاهـد ·　　　　٢ - والمشهود له ·

٣ - والمشهود عليه ·　　　　٤ - والمشهود به ·

٥ - والصيغـــة (٣) ·

ويرى الحنفية بأن ركن الشهادة هو اللفظ الخاص وهو لفظ أشهد عندهم " الصيغة فقط " ·

---

(١) مسلم : ١ / ١٢٢ ·

(٢) البدائع : ٦ / ٢٨٢ ، شرح منح الجليل على مختصر خليل : ٤ / ٢١٥ ، الإنصاف ١٢/ ٣ ·

(٣) مغني المحتاج : ٤ / ٤٢٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٧ ·

والشهادة كدليل للإثبات أمر جائز ومشروع في القانون الوضعي وهذا يتضح من المواد ٦٠ وما بعدها من قانون الإثبات حيث ينص المشرع على أنه [يجوز الإثبات بشهادة الشهود ٠٠٠٠ وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بشهادة الشهود ٠٠٠٠ الخ ٠

خصائصها :

بالإطلاع على مواد قانون الإثبات في المسائل المدنية والتجارية وفقا لآخر التعديلات يتضح لنا بأن الشهادة تتسم **بالخصائص التالية** (١) :

أولا : حجية الشهادة غير قاطعة تجاه الخصوم : ومعنى ذلك أن ما ثبت بالشهادة يجوز نفيه بشهادة مقابلة أو بأي دليل آخر من أدلة الإثبات ٠

وهذا ما بينته المادة ٦٩ إثبات في قولها [الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائما أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق] والمادة ٧٣ إثبات التي تنص على أنه [يستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفي في الميعاد ويجرى سماع شهود النفي في الجلسة ذاتها التي يسمع فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع ٠٠٠٠] ٠

وإذا كانت حجية الشهادة غير قاطعة فإن دلالة الإقرار واليمين الحاسمة على خلاف ذلك أي حجة قاطعة على المقر م [١٠٤ ، ١١٤ إثبات] ٠

ثانيا : الشهادة ليست ملزمة للمحكمة كدليل على استظهار الحقيقة فهي تختلف عن الكتابة سواء من حيث حجيتها أو من حيث الوقائع التي يجوز إثباتها بها ٠ فالكتابة حجة بما تتضمنه إلى أن يثبت العكس ،

---

(١) انظر د ٠ همام زهران – المرجع السابق ص ٤٣٨ ٠

أما الشهادة فهي على النقيض من ذلك تخضع لتقدير القاضي ، فالاطمئنان إلى صدق الشهود أيا كان عددهم وأيا كانت صفاتهم مردة إلى وجدان القاضي ، ولا رقابة عليه لمحكمة النقض في ذلك (١) ٠

وهذا يعد تطبيقا لما نصت عليه المادة ٩ إثبات بقولها [للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها] ٠

وهذا بخلاف الدليل الكتابي الذي يعد حجة بذاته فيفرض سلطانه على القضاء ما لم يطعن فيه بالتزوير إذا كان رسميا أو ينكر توقيعه إذا كان عرفيا (٢) ٠

فالبينة (الشهادة) أضعف من الكتابة التي رجحت كفتها ، طالما أنها بعيدة عن التزوير ، فهي أدق أداء وأكثر ضبطا للوقائع ، حيث لا يرد عليها النسيان ولتهيئة الدليل الكتابي مقدما ليحيط بالواقعة المراد إثباتها إحاطة شاملة لأنه قد أعد لهذا الغرض (٣) ٠

ثالثا : الشهادة دليل مقيد : أي لا يجوز الاستعانة بها إلا في إثبات الوقائع القانونية المحددة من المشرع في نطاق نصاب معين [م ٦٠ – ٦٣]

---

(١) د ٠ إسماعيل غانم : أحكام الالتزام والإثبات : ٢ / ٤٨٨ ٠

د ٠ عبد الرازق السنهوري : ٢ / ٣٢١ – ٣٢٤ الوسيط ٠

(٢) د ٠ همام هامش ص ٤٣٨ ، د ٠ توفيق حسن فرج : قواعد الإثبات ص ١٢٣ ٠

(٣) د ٠ السنهوري الوسيط : ٢ / ٣١٩ ٠

إثبات . بخلاف الدليل الكتابي الذي يعد دليلا مطلقا لإثبات جميع التصرفات القانونية المدنية ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك .

وهذا أمر يرجع إلى احتمالات التحريف والتلفيق في الشهادة فضلا عن السهو والنسيان الذي يقع فيه الشاهد حتى ولو كان حسن النية .

رابعا : الشهادة حجة متعدية : أي أن الوقائع التي تثبت بطريقها تعتبر ثابتة ، لا على من أقيمت في مواجهته فحسب ، بل أيضا بالنسبة إلى جميع من يتأثر بالحكم الذي صدر في الدعوى .

فما ثبت بالشهادة يعد حجة قبل الكافة ، على اعتبار صدورها من شاهد عدل ولم يوجد ما ينفي دلالتها .

وهذا بخلاف الإقرار الذي يعد حجة قاصرة على المقر تجاه المقر لصالحه (١) .

صور الشهادة :

الشهادة قد تكون مباشرة أو غير مباشرة (السماعية) أو الشهادة بالتسامع أو الشهادة بالشهرة العامة :

١ - الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة حيث يقرر الشاهد في مجلس القضاء ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة ، أي يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية إما لأنه رآها بعينه ، كما لو شهد إصابة خطأ فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما رأى . وإما لأنه سمعها بأذنه كيمين الطلاق أو سمع في مجلس العقد البائع يتعاقد مع المشتري ، فجاء يشهد بما سمع في مجلس القضاء . وإما لأنه رأى وسمع ، كما لو سمع المقرض يتعاقد مع المقترض

---

(١) د . زهران : ص ٤٣٩ المرجع السابق .

ورآه يعطيه مبلغ القرض (١) ·

وقد قضت محكمة النقض بأن [الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه] (٢) ·

٢ – الشهادة غير المباشرة (السماعية) وهي شهادة على شهادة وفيها يشهد الشاهد بما نقله إليه الشاهد الأصلي عن الواقعة المشهود بها ، حيث يشهد أنه سمع شخصا يروي واقعة معينة بالذات يكون هو الذي رآها بعينه أو سمعها بأذنه · حيث يشهد شخص أمام القضاء أنه سمع شخصا آخر يروى له حادث السيارة وقد رآه بعينه أو سمع شخصا آخر يروى له التعاقد على البيع أو على القرض وقد سمعه بأذنه ·

والشهادة السماعية جائزة لجواز الشهادة الأصلية ويقدر القاضي قيمتها كما يقدر الشهادة الأصلية وقد يراها تعدل الشهادة الأصلية في القيمة ولكن الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي (٣) ·

ويمكن التحري عن مدى صدق الشاهد في هذه الحالة من خلال تتبع مصدر الشهادة وعدالة راويها الذي يتحمل مسئولية شخصية عن أمانة روايته التي شهد بها · وقد قضت محكمة النقض بأن الشهادة السماعية جائزة ، حيث تجوز الشهادة الأصلية وهي مثلها تخضع لتقدير محكمة الموضوع وفي جميع الأحوال فإن التشكيك في الشهادة السماعية

---

(١) د · السنهوري : ٢ / ٣١١ وبعدها ·

(٢) نقض ٤ / ١ / ٦٧ س ١٨ ص ٥٤ (أحوال شخصية) ·

(٣) د · السنهوري : ٢ / ٣١٣ ·

يتعين التمسك به أمام محكمة الموضوع بحيث لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض (١) ٠

وقد تظهر أهمية الاستدلال بالشهادة السماعية في كشف الحقيقة إذا كان سماع الشاهد الأصلي صار مستحيلا لوفاته أو متعذرا لسفره ٠

---

(١) د ٠ همام زهران المرجع السابق ٠

٣ - الشهادة بالتسامع :

هي شهادة بما تتسامعه الناس ، حيث تنصب على الرأي الشائع بين الناس عن الواقعة المراد إثباتها · فمحل الشهادة بالتسامع ليس في الحقيقة الواقعة المراد إثباتها ، بل محلها رأي الناس في هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير في شأنها ، ورأي الناس قد يكون له أثر في موضوع الحق ، ومن ثم يكون هو ذاته محلا للإثبات لا طريقا في الإثبات (١) ·

[ولما كان من العسير تحري وجه الصحة بالنسبة لهذا النوع من الشهادة ، فإنها لا تلقي قبولا ، وخاصة في المسائل المدنية ، وإن كان القضاء قد قبلها في المسائل التجارية على سبيل الاستئناس (٢) باعتبار أنها مجرد قرينة بسيطة ·

ويطلق عليها الفقه الإسلامي الشهادة بالاستفاضة أو بالشهرة ويجوز في الفقه الإسلامي الاستعانة بها استحسانا في الأمور التي لا يطلع عليها بحسب طبيعتها إلا خواص من الناس ولا سبيل لعلم الكافة بها إلا من خلال ما يشتهر بين الناس ويتناقلونه لأن مبنى هذه الأمور على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة · لقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع ، ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعاينة بنفسه للمشهود به لا بغيره وهذا هو الأصل ·

ولذلك اختلف الفقهاء في نطاق الشهادة بالتسامع :

فذهب أبو حنيفة إلى أنها تجوز في خمسة أشياء : النكاح والدخول والنسب والموت وولاية القضاء · وبناء على ذلك إذا شهد العرس والزفاف

---

(١) د · السنهوري : ٢ / ٣١٤ فـ ١٦٣ مع الهامش ·

(٢) د · توفيق فرج - قواعد الإثبات ص ١٢٣ ·

يجوز لـه أن يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح · وكذا في الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه جاز له أن يشهد بموته ·

وزاد بعض الحنفية : الوقف وشرائطه والعتق والولاء والمهر (١) ·

وذهب المالكيـة : إلى أنه يجوز الشهادة بالسماع الفاشي في أبواب مخصوصة : وهي النكاح والرضاع والحمل والولادة والموت والنسب والولاء والحرية والضرر وتولية القاضي وعزلـه ٠٠٠٠٠ الخ (٢) ·

وتصح الشهادة بالتسامع عند الشافعية فى النسب والولادة والموت والرشد والسفه والملك ·

وتصح عند الحنابلة وبعض الشافعية في النكاح والنسب والموت والعتق والولاء والوقف والملك المطلق ·

ولا نرى ما يمنع من الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة تطبيقا للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه [إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية] ·

وعلى أية حال فإنه يظل لمحكمة الموضوع سلطتها التقديرية في الاطمئنان إليها أو طرحها لعدم الثقة فيها (٣) ·

والفقه الإسلامي يعرف بجانب الشهادة بالتسامع ، شهاد التواتر : " وهي خبر جماعة يقع العلم بخبرهم ٠٠٠٠ لا يتصور اتفاقهم على الكذب ،

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٦ / ٢٦٦ . وفتح القدير : ٦ / ٢٠ ·

(٢) انظر : القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣١٣ ·

(٣) انظر نقض ٤ / ١ / ٦٧ س ١٨ ص ٥٤ ·

ونقض ٩ / ٦ / ٧٦ س ٢٧ ص ١٣٢٧ ·

وليس للتواتر عدد معين على الصحيح ، وإنما الشرط أن يكون المخبرون جميعا لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب ، ولما كان التواتر يفيد علم اليقين ، فلا تقام بينة على خلافه ، لأن البينات ظنية يدخلها الشك بخلاف التواتر ، سواء أكان المستند إلى التواتر مدعيا أو مدعي عليه ، وسواء أكان مثبتا أم نافيا ، وسواء أكان في الأموال أم الحدود أم القصاص ، وسواء أكان قبل الحكم أم بعده ، ذلك لأن التواتر حجة في النفي والإثبات لإفادته القطع واليقين] (١) ٠

رابعا : الشهادة بالشهرة العامة (٢) :

ليست بشهادة بالمعنى الصحيح ٠ بل هي عبارة عن ورقة مدونة فيها وقائع معينة ، تم تحريرها أمام جهة رسمية يدلون الشهود بشهادتهم بأنهم يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة ٠ مثل إعلام الوراثة ومحضر حصر التركة وتقرير غيبة المفقود فإنها تعد من قبيل هذه الأوراق حيث يتم تحريرها أمام جهات رسمية تدون فيها أسماء الورثة أو أعيان التركة أو واقعة غياب المفقود ٠ وذلك بناء على شهادة طائفةٍ من الناس يشهدون وفقا لما عرفوه عن طريق الشهرة العامة ٠

ويقول الدكتور السنهوري : فالشهادة بالشهرة العامة تفترض وجود موظف عام ، موثق أو قاض أو نحو ذلك تدلي أمامه الشهود بمعلوماتهم عن الواقعة المراد إثباتها ٠

ويجب أن يكون للشهود معرفة شخصية بهذه الواقعة ولكن لا عن طريق محدد ، بل عن طريق الشهرة العامة ٠

---

(١) طرق القضاة الأستاذ أحمد إبراهيم ص : ٢٩ ٠

(٢) د ٠ السنهوري : ٢ / ٣١٧ فـ ١٦٤ ٠

فالمعرفة الشخصية بالواقعة ، لا الشهرة العامة في ذاتها هي التي تقوم عليها قوة الإثبات في هذه الشهادة ٠ والشهرة العامة إنما تجعل منها شهادة جماعية عن طريق تحقيق سريع أمام قاض أو موظف عام بإجراءات لا تختلف إلا من ناحية الشكل عن إجراءات التحقيق المعتاد ، وللشهادة بالشهرة العامة قوة في الإثبات يحددها القانون في كل حالة على حدة (١) ٠

شروط قبول الشهادة :

يتطلب المشرع الوضعي شروطا لقبول الشهادة التي يحكم بمقتضاها ويبنى الحكم عليها ٠

وهذه الشروط قد تكون شكلية أو إجرائية وقد تكون موضوعية وقد تتعلق بالشاهد نفسه ٠

أولا - الشروط الإجرائية :

١ - الإدلاء بالشهادة في مجلس القضاء :

حتى يكون للشهادة دور إيجابي في الدعوى المطروحة أمام القضاء فلابد من الإدلاء بها أمام مجلس القضاء في النزاع المتداول بين الخصوم طبقا للأوضاع المقررة قانونا ٠

ولذلك تنص المادة ٧٢ إثبات [يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها - عند الاقتضاء - أن تندب أحد قضاتها لإجرائه] ٠

٢ - انتقال القاضي المنتدب للشاهد في حالة وجود عذر يمنعه من الحضور :

وذلك وفقا للمادة ٨١ إثبات [إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز أن ينتقل إليه القاضي المنتدب لسماع أقواله ٠٠٠٠] ٠

---

(١) جـ ٢ ص ٣١٨ ٠

٣ - أداء الشاهد شهادته على انفراد :

وفقا لنص المادة ٨٤ إثبات التي تقول [يؤدي كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقي الشهود الذين لم تسمع شهادتهم ٠

٤ - أن يحلف الشاهد يمينا بأن يقول الحق :

وفقا لنص المادة ٨٦ التي تنص على أن [على الشاهد أن يحلف يمينا بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق وإلا كانت شهادته باطلة ٠٠٠٠ الخ] ٠

٥ - على الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه ، وأن يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها إن كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم ويبين ذلك إن كان يعمل عند أحدهم م [٨٥ إثبات] ٠

٦ - يشمل محضر التحقيق على البيانات الآتية :

أ - يوم التحقيق ومكانه وساعة بدئه وانتهائه مع بيان الجلسات التي استغرقها ٠

ب - أسماء الخصوم وألقابهم وذكر حضورهم أو غيابهم وطلباتهم ٠

جـ - أسماء الشهود وألقابهم وصناعتهم وموطن كل منهم وذكر حضورهم أو غيابهم وما صدر بشأنهم من الأوامر ٠

د - ما يبديه الشهود وذلك بعد تحليفهم اليمين ٠

هـ - الأسئلة الموجهة إليهم ومن تولى توجيهها وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة ونص إجابة الشاهد عن كل سؤال ٠

و - توقيع الشاهد على إجابته بعد إثبات تلاوتها وملاحظاته عليها ٠

ز - قرار تقدير مصروفات الشاهد إذا كان قد طلب ذلك ٠

ح - توقيع رئيس الدائرة أو القاضي المنتدب والكاتب ٠

[م ٩٣ إثبات] ٠

٧ - للخصوم الحق في الإطلاع على محضر التحقيق [م ٩٤ إثبات]

٨ - بمجرد انتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لإتمامه يعين القاضي المنتدب أقرب جلسة لنظر الدعوى ويقوم قلم الكتاب بإخبار الخصم الغائب [م ٩٥ إثبات] ٠

ثانيا : الشروط الموضوعية للشهادة :

اشترط المشرع لإثبات الواقعة المدعي بها بشهادة الشهود عدة شروط هي :

١ - يحب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائز قبولها ٠ (الشروط العامة اللازمة في محل الإثبات) ٠

٢ - على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التي يريد إثباتها كتابة أو شفاهة في الجلسة [م ٦٨] إثبات ٠

ولمحكمة الموضوع سلطة تقديرية لتبيان طلب إحالة الدعوى للتحقيق ومدى مناسبته حتى يقبل أو يرفض وذلك [منعا من إطالة أمد التقاضي فيما لا طائل من ورائه في استظهار الحقيقة ، بحيث إذا لم تتوافر هذه الشروط قضت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم الآخر برفض إحالة الدعوى للتحقيق] (١) ٠

---

(١) د ٠ همام زهران : ص ٤٤٤ وقد أشار إلى حكم محكمة النقض في ٤ / ٣ / ٨٢ طعن رقم ١٩٧ س ٤٧ ق . وفي ١٦ / ٤ / ٨١ طعن رقم ٣٣١ س ٤٨ ق ٠ وانظر هامش ٤٤٥ ، والأحكام التي ذكرها فيه ٠

٣ - لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تأمر من تلقاء نفسهـا بإثبـات الواقعة بشهادة الشهود إلا في الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بالبينة (١) وهذه مسألة قانونية تخضع تقدير القاضي فيها لرقابـة محكمـة النقـض ٠

٤ - عدم وجود أدلة أخرى في الدعوى تكفـي لتكويـن عقيـدة المحكمـة ٠ فـإذا وجـد أدلـة في الدعـوى كافيـة لذلـك فـإن المحكمـة والحالـة هـذه عـدم الاسـتجابة إلى طـلب الإحالـة للتحقيق ٠

كما لو وجدت مستندات لم ينكرها طالب التحقيق وكانت كافية في إثبات عكس ما يدعيه ٠

وقـد قضي بأنـه [لا علـى المحكمـة إذا هـي لم تستجب إلى طـلب الإحالة علـى التحقيق إذا مـا استبان لها أن الواقعة المطلوب تحقيقها بالبينة غير منتجة وأن لديها من الاعتبارات ما يكفي للفصل في الدعوى حتى مع التسليم بصحة الواقعة المطلوب إثباتها (٢) ٠

ولا يتصف حكم المحكمة بالقصور في حالة رفضها لطلب الإحالة إلى التحقيق دون ذكر أسباب لذلك ، لأن ذلك يدخل في إطلاقات السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في تقدير الأدلة المطـروحة عليها وفي تفسير إجراءات الإثبات التي يطلبها الخصوم (٣) ٠

---

(١) نقض ٣٠ / ٤ / ٧٥ س ٢٦ ص ٨٦٠ المرجع السابق ص ٤٤٦ هامش ٠

(٢) نقـض ١٥ / ١ / ٦٢ س ١٣ ص ١٠٣١ ، ١٨ / ١١ / ٥٧ س ٨ ص ٩١٤ ، ٩ /١٢/ ٧١ س ٢٢ ص ١٠٠٨ ٠

(٣) نقض ٣٠ /٥ / ٨٢ طعن رقم ٥٧٩ س ٤٩ ٠

علما بأن المحكمة لو اهتمت بذكر أسباب الرفض لطلب الإحالة للتحقيق فإنها والحالة هذه تخضع لرقابة محكمة النقض .

ثالثا : الشروط المتعلقة بالشاهد :

اشترط المشرع الوضعي لصحة أداء الشهادة من الشاهد عدة شروط هي :

١ – أن يكون الشاهد أهلا للشهادة : وذلك ببلوغه خمس عشرة سنة ، ومن لم يبلغ هذه السن فإنه لا يكون أهلا للشهادة ولكن يجوز أن تسمع أقواله دون يمين على سبيل الاستدلال لتقوية دليل آخر في الدعوى والعبرة بسن الشاهد وقت الإدلاء بالشهادة لا وقت حصول الواقعة التي يشهد بها (١) شريطة ألا يقل سنة عن سبع سنوات وهو سن التمييز (٢) وقت حدوث الواقعة المستشهد عليها للاطمئنان على إدراكه للواقعة محل الشهادة .

٢ – أن يكون الشاهد مميزا ومدركا وإلا كان ذلك سببا لرده ، لأن العلم فرع من الإدراك .

ولذلك نصت المادة ٨٣ إثبات على أنه :

[لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة – دون السابعة – أو مرض– أو لأي سبب آخر .

وكون الشاهد مميزا أو عديم التمييز هذه مسألة تقديرية لمحكمة

---

(١) نقض ٩ / ٣ / ٦٧ س ١٨ ص ٥٩٩ .

(٢) انظر المادة ٤٥ مدني .

الموضوع بحيث لا يجوز الاستناد إلى شهادة فاقد التمييز حتى ولو على مثله • على سبيل الاستدلال ، وهو أمر متعلق بالنظام العام •

٣ - عدالـــة الشاهـــد :

اشترط الفقه الوضعي في الشاهد أن يكون عدلا أي غير محكوم عليه بعقوبة جناية أو في جريمة تخل بالشرف والسمعة •

والعدل خلاف الجور وهو في اللغة القصد في الأمور ، وهو عبارة عن الأمر المتوسط بين طرفي الإفراط والتفريط •••• والعدل من الناس هو المرضى قوله وحكمه ، ورجل عدل : بين العدل ، والعدالة وصف بالمصدر معناه : ذو عدل •

والعدالـــة : صفة توجب مراعاتها الاحتراز عما يخل بالمروءة عادة في الظاهر •

والعدل في اصطلاح الفقهاء : من تكون حسناته غالبة على سيئاته(١) وهو ذو المروءة غير المتهم (٢) •

واختلف الفقهاء في اشتراط كون الشاهد عدلا :

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يشترط في الشهود أن يكونوا عدولا في التحمل والأداء لقولــــه تعالى : ﴿ **وأشهدوا ذوي عدل منكـــم** ﴾ (٣) •

---

(١) لسان العرب ، التعريفات للجرجاني - الموسوعة الفقهية (عدل) •

(٢) جواهر الإكليل : ٢ / ٢٣٢ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٢٦ ، كشـــاف القناع : ٦ / ٤١٦ •

(٣) سورة الطلاق رقم الآية : ٢ •

ويقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – { لا يجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الإسلام ، ولا ذي غمر على أخيه] (١) ٠

وذهب الحنفية : إلى أن العدل ليس شرطا في أهلية الشهادة ، فالفاسق يجوز له أن يتحمل الشهادة وقد وافقهم في هذه الجزئية المالكية ، فإذا تحمل الشهادة وهو فاسق ثم تاب من فسقه ثم شهد قبلت شهادته ، أما إذا لم يتب فيمنع من الأداء لتهمة الكذب (٢) ٠

وعدالة الشاهد أمر يخضع تقديره لقاضي الموضوع بما لـه من سلطة تقديريه ٠

والأخذ بشهادته والتعويل عليها يظل مرجعه إلى اطمئنان القاضي لصدقها وعدالة الشاهد أو بالعكس إطراحها لتقديره فسق الشاهد [كما لو كان محكوما عليه في جريمة تخل بالشرف والسمعة] ٠

ولقد استقر قضاء محكمة النقض على أن تقدير أقوال الشهود منوط بمحكمة الموضوع ولا سلطان عليها في تكوين عقيدتها بما يدلي به الشهود أمامها ٠ فلها أن تأخذ بأقوال شاهد دون آخر حسبما ترتاح إليه وتثق فيه من غير أن تكون ملزمة ببيان أسباب ترجيحها لما أخذت به وإطراحها لغيره لما لها من سلطة في تقدير الأدلة ٠] (٣) ٠

والأولى بالمشرع المصري أن ينص على هذا الشرط لما لـه من أهمية في الحياة العملية وفي القضاء وفي الشهادة وفي غيرها من الأمور(٤)٠

---

(١) أخرجه ابن ماجه : ٢ / ٧٩٢ ٠

(٢) البدائع : ٦ / ٢٦٦ ، الموسوعة (مصطلحي – عدل وشهادة) ٠

(٣) د ٠ همام زهران ص : ٤٥٤ . والديناصوري ص : ٣٣٤ ٠

(٤) راجع الأحكام المنشورة في الديناصوري ص : ٣٣٤ ٠

٤ - انتفاء التهمة عن الشاهد بسبب المحبة أو العداوة :

التهمة بسكون الهاء وفتحها الشك والريبة يقال اتهم الرجل أي : أتى بما يتهم عليه ٠ واتهمته ظنت به سوءا (١) ٠

ولا يخرج المعني الاصطلاحي عن المعني اللغوي ٠

[والتهم ثلاثة أضرب :

الضرب الأول : تهمـــة قوية كحكم الحاكم لنفسه ، وشهادة الشاهد لنفسه ، فهذه تهمة موجبة لرد الحكم والشهادة ، لأن قوة الداعي الطبيعي قادحة في الظن المستفاد من الوازع الشرعي قدحا ظاهرا لا يبقى معه إلا ظن ضعيف لا يصلح للاعتماد عليه ، ولا لاستناد الحكـم إليـه ٠

الضرب الثاني : تهمة ضعيفة كشهادة الأخ لأخيه ، والصديق لصديقه، والرفيق لرفيقه ، فلا أثر لهذه التهمة ٠٠٠٠ وقد وقع الاتفاق على أن الشهادة لا ترد بكل تهمة ٠

الضرب الثالث : تهمة مختلف في رد الشهادة والحكم بها ولهـــا رتـــب :

أحدهـــــا : تهمة قوية وهي تهمة شهادة الوالد لأولاده وأحفاده ، أو لآبائه وأجداده ، فالأصح أنها موجبة للرد لقوة التهمة ٠ وعن أحمد رحمه الله تعالى روايات : ثالثها : رد شهادة الأب وقبول شهادة الابن ، لقوة تهمة الأب لفرط شفقته وحنوه على الولد ٠

الرتبة الثانية : تهمة شهادة العدو على عدوة وهي موجبة للرد لقوة التهمة وخالف فيها بعض العلماء ٠

---

(١) لسان العرب والمصباح المنير مادة " تهم " ، [وهم] لأن أصل التاء فيها الواو ولأنها من الوهم ٠

الرتبة الثالثة : تهمة أحد الزوجين إذا شهد للآخر وفيها أقوال :
ثالثها : رد شهادة الزوجة دون الزوج لأن تهمتها أقوى من تهمة الزوج ، لأن ما ثبت لها من الحق متعلق بكسوتها ونفقتها وسائر حقوقها .

الرتبة الرابعة : تهمة القاضي إذا حكم بعلمه ، والأصح أنها لا توجب الرد إذا كان الحاكم ظاهر التقوى والورع .

الرتبة الخامسة : تهمة الحاكم في إقراره بالحكم ، وهي موجبة للرد عند مالك رحمه الله غير موجبة لـه عند الشافعية رحمه الله ، لأن من ملك الإنشاء ملك الإقرار ، والحاكم مالك لإنشاء الحكم فملك الإقرار به .

الرتبة السادسة : تهمة حكم الحاكم مانعة من نفوذ حكمه لأولاده وأحفاده وعلى أعدائه وأضداده .

وتحرم التهمة إذا لم يكن لها أمارة صحيحة أو سبب ظاهر كاتهام من ظاهره العدالة من المسلمين وسوء الظن بهم .

أما من اشتهر بين الناس بتعاطي المحرمات والمجاهرة بالخبائث ، فلا يحرم اتهامه في الجملة وذلك لقولـه تعالى : **﴿يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم﴾** (١) .

فالآية تفيد أن بعض الظن إثم ، بل هي بمثابة دليل على عدم حركة جميع الظن . ولا خلاف بين الفقهاء في أن الحدود لا تقام بالتهمة والظن ، ولا خلاف بين الفقهاء في أن التهمة لها بعض الآثار في المتهم .

وأصل رد الشهادة ، ومبناه التهمة : والشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ، وحجته بترجيح جانب الصدق ، فإذا شابت الحجة شائبة التهمة ضعفت ولم تصلح للترجيح .

---

(١) سورة الحجرات الآية : ١١ .

وجاء في الحديث : { لا تجوز شهادة متهم } (١) ·

أسباب تهمة الشاهد :

وقد ورد في الموسوعة الفقهية أن من أسباب تهمة الشاهد [ما يرجع لمعنى في نفس الشاهد كالفسق إذا ثبت ، لأن من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فلا يؤمن ألا ينزجر عن الكذب في الشهادة ، فلا تحصل بشهادة غلبة الظن فترد شهادته ·

ومنها ما يرجع إلى معنى في المشهود لـه : كالإيثار للقرابة · ومنها ما يرجع إلى خلل في التميز وإدراك الأمور على حقيقتها كالغفلة والعمي ، والصبا ونحو ذلك ·

هذا ولم نقف على خلاف بين الفقهاء في رد شهادة الفاسق بتهمة الكذب ·

ولم يختلف جمهور الفقهاء في رد شهادة كل من لـه مصلحة في موضوع الشهادة بتهمة جر النفع لنفسه أو دفع الضرر عنها ، كالشريك فيما هو شريك فيه ، وترد شهادته على عمل قام به هو كما ترد شهادة العاقلة بفسق شهود قتل خطأ أو شبه عمد يتحملونه ، وشهادة الغرماء بفسق شهود دين آخر وذلك بتهمة دفع الضرر عن النفس (٢) ·

---

(١) أخرجه ابن وعدي في الكامل : ٤ / ١٤٤٨ ، وانظر الموسوعة الفقهية مصطلح (تهمة) ص ٩٢ ·

(٢) الموسوعة الفقهية مصطلح [تهمة] ص ٩٢ ·

ويرى الفقه الوضعي أن تقدير تهمة الشاهد أو عدم تهمته أمر متروك لتقدير قاضي الموضوع وفقا لتقديره لأثر العلاقة الشخصية من قرابة أو مصاهرة أو صداقة أو عمل أو عداء بين الشاهد والخصم سواء المستشهد به أو المستشهد تجاهه .

ولذلك نصت المادة ٨٢ إثبات على أنه [لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأي سبب آخر] .

هل ترد الشهادة بتهمة الإثيار والمحبة أو العداوة ؟؟

اتفق الفقهاء على تأثير ذلك في إسقاط الشهادة حيث ترد شهادة الأصل لفرعه وإن سفل ، وشهادة الفرع للأصل على خلاف في ذلك وإن علا الأصل لتهمة إيثار المشهود لـه على المشهود عليه ، لأن المنافع بين الولد والوالد متصلة ، ولهذا منعوا أداء زكاة بعضهم إلى بعض ، فتكون شهادة للنفس وتتمكن فيه التهمة (١) ولحديث : [لا تجوز شهادة ظنين في ولاء ولا قرابة] (٢) .

كما اتفق الفقهاء على عدم تأثير تهمة الإثيار على شهادة الأخ لأخيــه (٣) .

ولكنهم اختلفوا في تأثير تهمة المحبة والإثيار في شهادة أحد الزوجين للآخر .

---

(١) فتح القدير : ٦/ ٤٧٧ ، بداية المجتهد : ٢ / ٥٠٠ ، روضة الطالبين : ١١ / ٢٣٦ ، المغني : ٩ / ١٨٥ ، والموسوعة انظر مصطلح (شهادة وتهمة) .

(٢) سنن الترمذي : ٤ / ٥٤٥ .

(٣) المراجع السابقة .

فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى رد شهادة كل من الزوجين للآخر ، لأن كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب وتتبسط الزوجة في مال الزوج وتزيد نفقتها بغناه فلم تقبل شهادة أحدهما للآخر بتهمة جر النفع (١) ٠

وذهب الشافعية إلى أن شهادة كل منهما على الآخر مقبولة ، لأن الأملاك بينهما متميزة ويجرى القصاص بينهما ، ولا اعتبار بما فيه من النفع لثبوته ضمنا فلا تهمة (٢) ٠

أما شهادة العدو على عدوه فإنها ترد ولا يعمل بها ولا أثر لها لتهمة قصد الإضرار والتشفي إذا كانت العداوة دنيوية عند الأكثر ، لأن العدو قد يجر لنفسه نفعا بشهادته ، وهو التشفي من العدو فيصير متهما كشهادة القريب لقريبه ٠ أما العداوة الدينية فلا تمنع قبول الشهادة اتفاقا (٣) ٠

ولا يجوز للقاضي أن يحكم فيما لا يقبل فيه شهادته فلا يقضي لنفسه ، ولا يقضي لأحد من أصوله وفروعه ، وإن نزلوا أو علوا ، ولا لشريكه فيما له فيه شركة ، ولا لوكيله فيما هو موكل فيه فإن فعل لم ينفذ حكمه ، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء وذلك لموضع التهمة (٤) ٠

---

(١) فتح القدير : ٦ / ٤٧٩ ، بداية المجتهد : ٢ / ٥٠٠ ، المغني لابن قدامة ٩ / ١٩٣ ٠

(٢) روضة الطالبين : ١١ / ٢٣٧ ، وقليوبي وعميرة : ٤ / ٣٣٢ ، وانظر المادة ٦٧ من قانون الإثبات ٠

(٣) ابن عابدين : ٤ / ٣٧٦ ، بداية المجتهد : ٢ / ٥٠١ ، المغني : ٩ / ١٨٥ ، وانظر مصطلح [تهمة] ٠

(٤) انظر مصطلح [قضاء] في الموسوعة الفقهية ٠

ويرى الفقه الوضعي أخذا بما رآه البعض في الفقه الإسلامي أن درجة القرابة أو المصاهرة - [مع احترام المانع من الشهادة المقررة في المادة ٦٧ إثبات بشأن العلاقة بين الزوجين] - أو الصداقة أو صلة عمل في ذاتها ليست قرينة قاطعة على تهمة الشاهد وسببا لرده ولا يوجد ما يمنع المحكمة من الاطمئنان إلى شهادته إذا استقر في وجدانها انتفاء التهمة عنه رغم ما يربطه بالخصم من صلة (١) .

وقد حكم بذلك القضاء حيث قال [قرابة الشاهد بأحد الخصوم لا تمنعه من أداء الشهادة ، والنفي في ذلك جدل موضوعي لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض] (٢) .

ولكن لا يوجد ما يمنع المحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على تمسك الخصم برده ، من طرح شهادته إذا هي استشعرت اتهامه في شهادته لعدائه أو محبته لأحد الخصوم لقرابته أو مصاهرته أو حداقته أو عداوته] (٣) .

وعلى أية حال إذا سكت الخصم عن رد أحد الشهود وسمعت شهادته بحضوره فإنه لا يجوز له بعد ذلك إثارة سبب الرد ، كما لا يجوز الاستشهاد بأحد الخصوم في النزاع ذاته الذي يدور بشأن التحقيق (٤) .

---

(١) د . هسام زهران ص : ٤٥٥ .

(٢) نقض : ٢٦/ ٥ / ٨١ طعن رقم ٧٩٢ س ٤٥ ق .

(٣) نقض : ١٤/ ١ / ٥١ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة جـ ١ ص ٥١ ، نقض : ٢٣/ ٣ / ٧٧ س ٢٨ ص ٧٦٨ مشار إليه في المرجع السابق ، وانظر : د . توفيق فرج والأحكام التي أشار إليها ص ١٢٤ .

(٤) المرجع السابق ص ٤٥٦ .

ومما سبق عرضه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نرى بأن القانون قد خالف جمهور الفقهاء حيث أنه لم يجعل القرابة أو المصاهرة بين الخصم وشاهده سببا لرد الشاهد أو عدم سماع شهادته .

ولكن من حق قاضي الموضوع أن يأخذ بما يطمئن من الأدلة وأن يطرح ما عداها ولا معقب عليه في ذلك .

خامسا : من الشروط المتعلقة بالشاهد : ألَّا يكون مكلَّفا بالالتزام بالحفاظ على سرية الواقعة المستشهد في شأنها حفاظا على المصلحة العامة [م ٦٥ إثبات] أو الخاصة [م ٦٦ إثبات] أو حفاظا على الميثاق الغليظ . بين الزوجين ، بحيث لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشي بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالهما إلا في حالة الدعوى من إحداهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب خيانة أو جنحة وقعت منه على الآخر .

شروط الشهادة في الفقه الإسلامي :

اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية ببيان أحكام الشهادة ووضعوا لها شروطا لتحملها وأخرى لأدائها ، وأهم شروط التحمل هي :

(١) أن يكون الشاهد عاقلا وقت التحمل فلا يصح تحملها من مجنون وصبي لا يعقل ، لأن تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ، ولا يتحقق ذلك إلا بآلة الفهم والضبط وهي العقل ٠

(٢) أن يكون بصيرا فلا يصح التحمل في الأعمى لدى الحنفية (١) ٠

خلافا للمالكية والشافعية والحنابلة وزفر الحنفي إلى صحة تحمله فيما يجرى فيه التسامع إذا تيقن الصوت وقطع بأنه صوت فلان (٢) ٠

(٣) أن يكون التحمل عن علم ، أو عن معاينة للشيء المشهود به بنفسه لا بغيره : لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : ذكر عند رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل يشهد بشهادة ، فقال لي : [يا ابن عباس ، لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذه الشمس وأومأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده إلى الشمس] (٣) ٠

وهذا لا يتم إلا بالعلم أو المعاينة ، ماعدا ما يجوز فيه الشهادة بالتسامع كالنكاح ، والنسب ، والموت ، وغيرها مما ذكره الفقهاء ٠ أما غير ذلك فلابد فيه من المعاينة (٤) ٠

---

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤٠٢٣ ٠

(٢) الهداية : ٣ / ١٢١ ، فتح القدير : ٦ / ٢٧ ، تبصرة الحكام : ٢ / ٨٠ ، المهذب : ٢ / ٣٣٦ ، المغني : ١٢ / ٦١ ٠

(٣) أخرجه الحاكم : ٤ / ٩٨ ، البيهقي : ١٠ / ١٦ ٠

(٤) البدائع : ٩ / ٤٠٢٤ ، المهذب : ٢ / ٣٣٥ ٠

ولكن لا يشترط للتحمل عند الفقهاء البلوغ والحرية والإسلام والعدالة ٠ ويترتب على ذلك أنه لو كان الشاهد عند التحمل صبيا عاقلا أو عبدا أو كافرا أو فاسقا ، ثم بلغ الصبي ، وأعتق العبد ، وأسلم الكافر ، وتاب الفاسق ، وشهدوا عند القاضي قبلت شهادتهم (١) ٠

شروط أداء الشهادة :

وأما ما يتعلق بشروط أداء الشهادة ، فمنها ما يتعلق بالشاهد ، ومنها ما يتعلق بالشهادة ، ومنها ما يتعلق بالمشهود به ، ومنها ما يتعلق بالنصاب أي عدد الشهود وفقا للوقائع المطلوب فيها الشهادة ٠

(١) والشروط التي تتعلق بالشاهد من حيث أهليته للشهادة هي : البلوغ ، والعقل حيث لا تصح شهادة غير العاقل إجماعا ، لأنه لا يعقل ما يقوله ولا يصفه ٠ والحرية ، والبصر مع اختلاف الفقهاء في ذلك ، والإسلام ، والنطق ، والعدالة ، والمروءة عند الشافعية ، والتيقظ ، وألا يكون محدودا في قذف ، لقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ٠ إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ﴾ (٢) ٠

ولذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى قبول شهادته بعد التوبة والإصلاح ٠

---

(١) تبيين الحقائق : ٤ / ٢١٨ ، تبصرة الحكام : ١ / ٢١٦ ، الإقناع : ٤ / ٤٤٠ ، المغني لابن قدامة : ١٢/ ٨٤ ، الموسوعة الفقهية : ٢٦/ ٢٢٠ ٠

(٢) سورة النور الآية : ٤ ، ٥ ٠

خلافا للحنفية الذين قالوا بعدم قبول شهادته حتى ولو تاب .

وأما المالكية فقد قالوا بعدم قبول شهادة المحدود فيما حد فيه وقبولها فيما عداه إن تاب (١) .

وأيضا يشترط الذكورة في الشهادة على الحدود والقصاص لما رواه مالك عن الزهري : [مضت السنة بأن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص] .

وأيضا عدم التهمة : لقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - { لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمر على أخيه ، ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت } (٢) .

ومعنى : ذو الغمر أي ذو الحقد ، والقانع الخادم الذي انقطع لخدمة أهل البيت .

وأهم أسباب التهمة : البعضية ، والعصبية ، والعداوة الدنيوية - لا الدينية - التي تبلغ حدا يتمنى زوال نعمته ويفرح لمصيبته ويحزن لمسرتـــه .

ومن أسبابها أن يجر بشهادته إلى نفسه نفعا أو يدفع عن نفسه ضرا . أو أن يدفع عن نفسه عار الكذب أو الحرص على أداء الشهادة بالمبادرة من غير تقدم دعوى ، وذلك في غير شهادة الحسبة .

(٢) والشروط التي تتعلق بالشهادة نفسها أهمها هي :

أ - اشتراط وجود الدعوى في الشهادة على حقوق العباد من المدعي أو نائبه ، وموافقة الشهادة للدعوى .

---

(١) الفتاوى الهندية : ٣ / ٤٥٠ ، والحطاب : ٦ / ١٦١ .

(٢) أخرجه أحمد : ٢ / ٢٠٤ .

ب - اتفاق الشاهدين ، والعدد في الشهادة فيما يطلع عليه الرجال ٠

جـ - وتعذر حضور الأصل في الشهادة على الشهادة ، وأن تؤدي بلفظ أشهد بكذا عند جمهور الفقهاء ، والأظهر عند المالكية أنه يكفي ما يدل على حصول علم الشاهد كأن يقول : رأيت كذا أو سمعت كذا ولا يشترط أن يقول : أشهد (١) ٠

(٣) وأما شروط الأداء المتعلقة بالمشهود به هي : أن يكون المشهود به معلوما ، فإن كانت الشهادة بمجهول فلا تقبل ، لأن من شروط صحة القضاء أن يكون المشهود به معلوما ٠

وأن يكون المشهود به متقوما شرعا كما لو كان مالا أو منفعة ٠

(٤) وأما ما يتعلق بالنصاب ، فإن الأمر يختلف حسب المشهود به ٠ فمن الشهادات لا يقبل فيه أقل من أربعة رجال كالزنا والقذف ، ومنها ما يقبل فيه شاهدان لا امرأة فيهما وهو ما سوى الزنا من الحدود والقصاص ، كالقطع في السرقة وحد الحرابة والجلد في الخمر ، وكل ما يطلع عليه الرجال غالبا مما ليس بمال ولا يقصد منه مال ، كالنكاح والطلاق والرجعة وغيرها مما يثبت عند الجمهور بشهادة شاهدين لا امرأة فيهما ٠

وذهب جمهور الفقهاء إلى قبول شهادة الرجلين أو الرجل والمرأتين على ما هو مال أو بمعنى المال كالبيع والإقالة والحوالة والضمان وغيرها من الحقوق المالية كالخيار والأجل وغير ذلك (٢) ٠

---

(١) البدائع : ٦ / ٢٧٣ ، الشرح الصغير : ٢ / ٣٤٨ ، الجمل على شرح المنهج : ٥ / ٣٧٧ ، المغني : ٩ / ٢١١ ٠

(٢) حاشية الدسوقي : ٤ / ١٨٧ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٤١ ، المغني : ١٢ / ٩ ٠

ومن الممكن إثبات ذلك بشاهد ويمين المدعي عندهم لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قضى بيمين وشاهد (١) .

وذهب الحنفية إلى قبول الشهادة بشاهدين أو شاهد وامرأتين فيما سوى الحدود والقصاص سواء أكان حقا ماليا أم غير مالي كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصية (٢) لقوله تعالى : **﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ..... الآية ﴾** (٣) .

إلا أنهم لم يجوزوا القضاء بالشاهد واليمين لأن الآثار التي وردت في ذلك لا يحتج بها عندهم ولذلك فإن قضاء القاضي بالشاهد واليمين لا ينفذ عندهم (٤) .

أما الولادة والاستهلال والرضاع وما لا يجوز أن يطلع عليه الرجال الأجانب من العيوب المستورة فإن شهادة النساء منفردات تقبل في هذه الأمور .

ولكن الفقهاء اختلفوا في العدد الذي ثبت به هذه الأمور من النساء (٥) .

---

(١) أخرجه مسلم : ٣ / ١٣٣٧ من حديث ابن عباس .

(٢) المبسوط : ١٦ / ١١٥ .

(٣) سورة البقرة رقم : ٢٨٢ .

(٤) شرح أدب القاضي للخصاف : ٤ / ٤٥٥ .

(٥) انظر بالتفصيل هذه الشروط مع ذكر المذاهب والأدلة الموسوعة الفقهية مصطلح شهادة جـ ١٦ / ٢١٩ - ٢٢٩ . والمراجع المشار إليها .

نطاق الشهادة في الإثبات :

تنص المادة ٦٠ إثبات على أنه [في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة أو كان غير محدد القيمة ، فلا يجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ٠

ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف ، ويجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام على خمسمائة جنيه لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل (١) ٠

ومن هذا النص يتبين لنا عدة أمور :

نوجزها فيما يلي :

أولا : القاعدة العامة للإثبات بالشهادة :

يجوز الإثبات بالشهادة في الوقائع المادية والتصرفات التجارية والتصرفات المدنية التي لم تتجاوز قيمتها نصابا محددا ولم تكن ثابتة بالكتابة ، والشهادة في هذا المجال لها قوة إثبات مطلقة ٠

هذا بخلاف التصرفات القانونية المدنية فإن الإثبات بشهادة الشهود بشأنها له قوة محدودة (٢) ٠

---

(١) معدلة بالقانون : ١٨ / ٩٩ ٠

(٢) انظر في تفصيل ذلك : د / السنهوري جـ ٢ فـ ١٨١ وما بعدها ، د ٠ توفيق فرج : الموجز في قانون الإثبات فـ ٦٧ وما بعدها ، د ٠ نبيل إبراهيم ، د٠ همام زهران : أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ص ٣٣٥ وما بعدها ، د ٠ إسماعيل غانم : جـ ٢ أحكام الالتزام والإثبات فـ ٣٢ وما بعدها ، د ٠ عباس العبودي : شرح أحكام قانون الإثبات المدني ص ٢٤٠ وما بعدها ٠

ثانيا : تقدير قيمة الدعوى يكون وقت التعاقد لا وقت رفع الدعوى حتى ولو زادت القيمة عند رفع الدعوى ، ولا تضم الملحقات كالفوائد إلى الأصل عند التقدير ، فإذا كان الأصل ٥٠٠ جنيه وبلغت الفوائد ٥٠ جنيه فإن العبرة تكون بالأصل ٠

ثالثا : لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود في الالتزامات غير المقدرة ، فإذا طالب شخص فنانا بأن له صورة زيتيه لم يتفق علي ثمنها أو طالب مغنيا معينا بالغناء في حفل ولم يتفق معه على أجر فإن هذا الاتفاق لا يجوز إثباته بشهادة الشهود لأنه غير مقدر القيمة وقت التعاقد ٠

رابعا : تقدير النزاع يكون باعتبار كل التزام على حدة ، فلو تعددت الالتزامات على شخص واحد وكان الواحد منها لا يزيد قيمته على مائتي جنيه ، جازت الشهادة رغم ذلك (١) ٠

ولذلك نص المشرع في المادة ٦٠ إثبات على أنه [وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بشهادة الشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على مائتي جنيه ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة ٠ وتكون العبرة في الوفاء إذا كان جزئيا بقيمة الالتزام الأصلي] ٠

حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل :

هذه الحالات تستخلص من المادة ٦٠ وهي :

١ - الوقائع المادية ٠ ٢ - التصرفات التجارية ٠

٣ - التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن خمسمائة جنيه مصري ٠

---

(١) انظر : د ٠ مختار القاضي ، أصول الالتزامات في القانون المدني ص ٣٨٢ وما بعدها ٠

ونبين هذه الحالات فيما يلي :

١ -الوقائع الماديــة :

الوقائع القانونية كمصادر للالتزام تتنوع إلى وقائع مادية وتصرفات قانونيـة ٠ والمشـرع يتطـلب الكـتابة أساسـا لإثـبات التصـرفات القانونيـة ، لاستقلال الإرادة بتحديد آثارها ، كما أن طبيعتها تسمح بطلب دليل كتابي لإثباتها ٠ سـواء أكانت هذه التصرفات القانونية صادرة عن إرادة واحدة أم عن إرادتين ٠

أما الوقائع المادية أيا كان نوعها – وقائع طبيعية أو بفعل الإنسان – فإن طبيعتها لا تسمح بطلب دليل معين بشأنها ولا يتيسر غالبا إثباتها بالكتابة ، مما دفـع المشرع لجـواز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لتعذر تهيئة الدليل الكتابي عليها ٠

والوقائع المادية الطبيعية مثل الفيضان والزلزال والحريق والجنون والعته والسفه والغفلة ومرض الموت فهذه كـلها وقـائع مادية طبيعية أجاز المشرع إثباتها بكافـة طـرق الإثبات ٠ والوقـائع الماديـة التي تحـدث بفعل الإنسـان كـالعمل غـير المشروع الـذي يعتـبر مصـدرا للالـتزام حيـث يجـوز للشخص المضرور أن يثبت أركـان المسؤولية في الفعل الضار وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بجميع الطرق ٠

إلا أن المشـرع قـد اسـتثنى واقعـتين ماديـتين همـا الميلاد والوفـاة حيث جعل إثباتهما بواسطة السجلات الرسمية المعدة لذلك وفقا للمادة ٣٠ حيث نصت على أن تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك فـإذا لم يوجـد هـذا الدليـل أو تـبين عـدم صـحة مـا أدرج بالسـجلات جـاز الإثـبات بـأي طـريقة أخـرى وعـلى هـذا اسـتقر قضـاء الـنقض (لمحكمـة الموضـوع مـن تـلقاء نفسـها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود طالما أنه جائز قانونا والوقائع التي أحيلت للتحقيق وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طـــرق

الإثبات دون تقييد بقيد النصاب الذي حدده القانون في شأن إثبات التصرفات القانونية) (١) ٠

وجملة القول في ذلك أن الوقائع المادية أيا كان نوعها يتم إثباتها بكافة طرق الإثبات بصرف النظر عن قيمة الحق المدعي به كأثر لهذه الواقعة ٠ وتكييف محكمة الموضوع للواقعة محل الإدعاء فيما إذا كانت تصرفا قانونيا أو واقعة مادية أمر يخضع لرقابة محكمة النقض ٠

وإذا كانت الواقعة القانونية مكونة من شق مادي وآخر قانوني مثل الشفعة التي يعتبر الجوار فيه واقعة مادية فإنها تثبت بجميع طرق الإثبات ٠ أما إعلان الشفيع إرادته للأخذ بالشفعة فإنه يعد تصرفا قانونيا يتم إثباته بالطريق المقرر لإثبات التصرف القانوني ٠

٣- التصرفات التجارية :

إن طبيعة التعامل التجاري وما يتطلبه من السرعة والبساطة والتنفيذ في مدة قصيرة تفرض الأخذ بمبدأ الإثبات الحر الطليق في المواد التجارية فاشتراط الكتابة في إثبات الأعمال التجارية يتنافى مع ما تقوم عليه التجارة من ثقة متبادلة وسرعة في التعامل وهذا ما دعا المشرع ، لإخراجها من نطاق حكم المادة ٦٠ من قانون الإثبات ٠

وبالتالي فإنه يجوز إثباتها بالبينة أيا كانت قيمة التصرف حتى ولو زادت على ٥٠٠ جنيه مصري ٠ كما تجوز فيها البينة في إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الكتابة ٠ وقد يتطلب المشرع الكتابة في بعض المسائل التي تستلزم طبيعتها الكتابة كالأوراق التجارية والأعمال المصرفية كحسابات البنوك أو لما لها من أهمية خاصة كعقود الشركات التجارية وعقود بيع السفن

---

(١) نقض ٣٠/ ٤/ ١٩٧٥ س ٣٦ ص ٨٦٠ و ١٧ / ٢/ ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٤٠٦ ٠

وإيجارها التي تستغرق زمنا طويلا • بل من الممكن الاتفاق على أن يكون إثبات المواد التجارية بالكتابة مما يترتب عليه عدم جواز إثبات هذه التصرفات بالشهادة •

وقد قضت محكمة النقض بأن [التصرفات في المواد التجارية جواز إثباتها بالبينة والقرائن أيا كانت قيمتها شريطة أن تكون بين تاجرين وبصدد أعمال تجارية ، م ٦٠ إثبات ، جواز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة بالبينة أو بالقرائن ما لم يشترط القانون التجاري الكتابة] (١) •

والمرجع في تعيين الأعمال التجارية التي يجوز إثباتها بالبينة هو القانون التجاري حيث يبين من هو التاجر وما هي الأعمال التجارية حتى يجوز إثباتها بالبينة أو بالقرائن أيا كانت قيمتها • فإذا كان العمل التجاري بين تاجرين فإنه يجوز لهما الإثبات بالبينة مهما كانت قيمة التصرف • أما إذا وقع التصرف بين شخصين أحدهما تاجر والآخر غير تاجر فإن التاجر والحالة هذه يلتزم بقواعد الإثبات المدنية في إثبات دعواه ضد غير التاجر وغير التاجر يستطيع أن يثبت بالبينة دعواه ضد التاجر أيا كانت قيمة التصرف • فلو باع مزارع محصول أرضه من القطن إلى أحَد التجار ثم قام نزاع بينهما فإن المزارع يستطيع إثبات تسليم المحصول للتاجر بكل طرق الإثبات حتى ولو كانت قيمة المحصول تزيد على ٥٠٠ جنيه بينما لا يستطيع التاجر إثبات دفع الثمن إلا بالكتابة (٢) •

٣- التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن ٥٠٠ جنيه مصري :

إن القاعدة العامة التي نصت عليها المادة ٦٠ لا تجيز الإثبات بالبينة

---

(١) نقض ١ / ٦ / ١٩٨١ طعن رقم ٢٢٨ سنة ٤٩ ق •

(٢) انظر الدكتور / السنهوري ج ٢ فقرة ١٨٦ ، د • عبد الودود يحيى - الموجز في قانون الإثبات فقرة ٧١ •

في التصرفات القانونية المدنية التي تزيد قيمتها على ٥٠٠ جنيه أو غير محددة القيمة وبالتالي يخرج من نطاق هذه القاعدة التصرفات المدنية التي لا تجاوز قيمتها هذا الحد ، إلا أن المشرع قد يستلزم الكتابة لإثبات بعض التصرفات المدنية حتى ولو لم تزد قيمتها على ٥٠٠ جنيه كما هو الشأن في عقد الكفالة وعقد الصلح وكذلك ما ذكر بشأن القاعدة التي تتطلب الكتابة في إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها .

حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بصفة استثنائية :

توجد حالات الأصل فيها أن تكون ثابتة بالكتابة ، ولكن المشرع أجاز إثباتها بشهادة الشهود استثناء من الأصل ، وهذه الحالات نصت عليها المادتان ٦٢ ، ٦٣ من قانون الإثبات ، ونعرضها فيما يلي :

١ - وجود مبدأ ثبوت بالكتابة .

٢ - وجود مانع أدبي أو مادي حال دون الحصول على دليل كتابي .

٣ - فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه .

أولاً - مبدأ الثبوت بالكتابة :

تنص المادة ٦٢ إثبات على أنه [يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة] .

ومن هذا النص يتبين لنا معنى مبدأ الثبوت بالكتابة حيث عرفته المادة السابقة بقولها :

[وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال] .

إذا هو عبارة عن ورقة صادرة – ممن يراد الإثبات ضده – ليست سندا باتا بما يراد إثباته وإنما تجعله قريب الاحتمال (١) ٠

ومن الممكن تعريفه بأنه ورقة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات عليه – ليست سندا باتا بما يراد إثباته – من شأنها جعل التصرف المدعي به قريب الاحتمال ، وتصبح بالشهادة المضافة إليها بمثابة دليل كامل يحتج به على الخصم المدعي عليه ٠

فمثلا إذا لم يحصل الدائن على سند كتابي من مدينه بالدين الذي عليه لأي سبب من الأسباب أو لعذر من الأعذار أو لصعوبة من الصعوبات ولكن وجدت معه ورقة تشير إلى الدين صراحة أو ضمنا لصدورها من المدين نفسه ، فإنه في هذه الحالة يحوز للدائن أن يعتمد عليها ويعتبرها مبدأ ثبوت بالكتابة (٢) ، ويقدمها للقضاء للنظر فيها في نطاق الشروط التي يجب توافرها في هذه الحالة وهي :

١ – وجود كتابة ٠

٢ – صدور هذه الكتابة من الخصم [المدعي عليه] ٠

٣ – أن يكون من شأنها جعل المدعي به قريب الاحتمال ٠

الشرط الأول : وجود ورقة مكتوبة لتحقق مبدأ ثبوت بالكتابة إلا أن المشرع لا يشترط فيها شكلا معينا حيث يكفي أن تكون رسالة أو مذكرة خاصة أو أقوالا وردت في محضر تحقيق فكل هذا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة طالما أن الورقة ليست دليلا كاملا بالنسبة لموضوع الدعوى بل لا يشترط أن تكون الكتابة بخط المدين أو موقعة منه ولا يلزم أن

---

(١) رسالة الإثبات – أحمد نشأت ص ٢١٥ ٠

(٢) البيان في شرح قانون الإثبات ، صلاح حمدي ، لبيب حليم ص ١٣٢ ٠

يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من ورقة واحدة بل يجوز استخلاصه من أوراق متعددة حتى ولو كانت كل ورقة منها لا تكفي بمفردها لاستخلاص ذلك . ولذلك قضت محكمة النقض بأن [تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل وجود المدعي به قريب الاحتمال أو لا تجعله كذلك هو مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة به لمحكمة النقض عليه في ذلك متى أقام قضاءه على استخلاص سائغ] (١) .

ويجب أيضا أن تكون هذه الورقة مقدمة في الدعوى أو على الأقل معترفا بوجودها ممن تنسب إليه فإن لم تكن كذلك فلا يستطيع ممن يتمسك بها أن يثبت وجودها بالبينة (٢) .

الشرط الثاني : صدور الورقة ممن يحتج به عليه أي أن تكون بخطه أو موقعه منه أو ممن ينوب عنه نيابة قانونية كالوصي والقيم أو نيابة اتفاقية كالوكيل شريطة أن تكون هذه الورقة قد صدرت في حدود وكالته حتى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة فإذا لم تكن كذلك فلا يتحقق هذا الشرط أيا كانت الصلة التي تربط المدعي بمن صدرت منه الورقة كما لو كان أخا أو ابنا أو زوجا .

ومن الممكن أن تعتبر هذه الورقة صادرة من الشخص رغم عدم توقيعه عليها أو ممن يمثله كمحاضر التحقيق ومحاضر الجلسات المدون فيها أقوال الخصوم فرغم أنها لا ترقى إلى درجة الإقرار ولكن يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت تجعل المدعي به قريب الاحتمال ولذلك فإن محكمة النقض قالت إن أقوال المتهم في التحقيق يصح أن تكون مبدأ

---

(١) نقض مدني جلسة ١٠/٥/ ١٩٧٧ مجموعة المكتب الفني سنة ٢٨ ص ١١٦٨ .

(٢) د . عبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ١٢٠ .

للثبوت بالكتابة إذا احتوت تناقضا أو تباينا يدل على سوء النية ولم تكن هذه الأقوال واضحة بحيث يمكن اعتبارها إقرارا صحيحا ·

وبطبيعة الحال يجب اعتراف الخصم بصدور الورقة منه فإذا أنكر الكتابة أو التوقيع أو ادعى التزوير تعين الالتجاء إلى الطرق التي بينها القانون في هذا الشأن حيث لا يعتد بالورقة إلا إذا ثبتت صحتها ·

الشرط الثالث : أن يكون من شأن هذه الورقة جعل ما يدعيه المدعي قريب الاحتمال أي مرجح الحصول وهذه مسألة موضوعية يقدرها ويستقل بها القاضي دون رقابة عليه من محكمة النقض لأن جواز الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالة يفترض وجود دليل ناقص فإذا كانت الورقة تتضمن نفيا قاطعا للواقعة المدعي بها فلا يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة وقد قضت محكمة النقض بأن [تقدير الورقة التي يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل الإثبات قريب الاحتمال أو لا تجعله هو اجتهاد في فهم الواقع يستقل به قاضي الموضوع] (١) ·

ومثل ذلك أن يحرر المدين إلى الدائن خطابا ويشير فيه إلى الدين الموجود في ذمته دون بيان مقداره فهذا الخطاب يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لهذا الدين حيث يجوز للمدعي أن يثبت بشهادة الشهود مقدار الدين وشروطه (٢) ·

---

(١) نقض مدني ١٩٤٨/٣/١٨ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة ج ١ رقم ١٧١ ص ٤٧ ·

(٢) انظر د · عبد الودود يحيى - المرجع السابق والأمثلة التي ذكرها ص ١٢٢ ·

أثر وجود مبدأ ثبوت بالكتابة :

يترتب على وجود جواز الإثبات بشهادة الشهود ، ولكن رغم ذلك فإنه لا يصبح حقا للمدعي ، بل الأمر جوازي للمحكمة فلها أن تقبل الإثبات بالشهادة ولها أن ترفضه ، وفي حالة قبول المحكمة لابد من توافر أمرين :

الأمر الأول : لابد من طلب المدعي الترخيص له بالإثبات بالشهادة حيث لا يجوز للمحكمة أن ترخص به من تلقاء نفسها .

الأمر الثاني : أن تكون الورقة المكتوبة غير قاطعة في الالتزام ، إذ لو كانت قاطعة فإنها تعتبر سندا كتابيا لا حاجة لأن يكمل بشهادة الشهود بل هو كاف بذاته .

فمثلا لو أرسل شخص إلى آخر ورقة غير موقع عليها وفيها شروط التعاقد محددة ، فإن هذه الورقة تعتبر مبدأ ثبوت لعدم التوقيع عليها فتكون دليلا ناقصا . وأيضا لو أرسل إليه ورقة موقعا عليها ، ولكن ليس فيها شروط محددة للتعاقد أو تفصيلات عن الموضوع ، بل هي تمس التعاقد من بعيد وتشير إليه إشارة ، ففي هذه الحالة تعتبر هذه الورقة مبدأ ثبوت أيضا لأنها رغم توقيعها قاصرة (١) .

إذا يترتب على وجود هذا المبدأ في حالة توافر شروطه إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن ٥٠٠ جنيه مصري بالشهادة ، وأيضا في إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة ، وفي إثبات التصرفات القانونية التي يتطلب المشرع الكتابة لإثباتها دون اعتبار لقيمة التصرف مثل عقد الكفالة وعقد الصلح ، لأن المشرع اعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة إذا أيدته الشهادة

---

(١) د . مختار القاضي ص ٣٨٣ .

مساويا للكتابة الكاملة (١) .

وبهذا قضت محكمة النقض بأن [المشرع جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة والكتابة من قوة في الإثبات ، متى أكمله الخصوم بشهادة الشهود] (٢) .

ولكن هذا الأثر لا يسري على التصرفات الشكلية كالهبة والرهن الرسمي ، لأن الكتابة ركن في انعقادها ، فعدم وجود الكتابة تجعل التصرف منعدما ، ولا أثر لوجود هذا المبدأ في هذه الحالة إذ لا يمكن إثباته بشهادة الشهود .

وهل تخلف الخصم عن الحضور لاستجوابه أو امتناعه عن الإجابة يعد مساويا لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة ؟؟

أجابت عن ذلك المادة [١١٣ إثبات] بقولها : [إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع من الإجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك] إذا المشرع أجاز في هذه الحالة – تخلف الخصم عن الحضور – الإثبات بشهادة الشهود والقرائن بالنسبة لما يجب إثباته بالكتابة .

ثانيا – المانع من الحصول على دليل كتابي :

تنص المادة ٦٣ / ١ على أنه [يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي ، إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي] .

---

(١) أ . د / عبد الودود يحيى في المرجع السابق ص ١٢٣ ف ٧٥٠ .

(٢) نقض مدني في ٢١/٣/١٩٧٩م المكتب الفني س ٣٠ ص ٧١٣ .

ويفهم من هذا النص أنه قد توجد في بعض الأحيان ظروف من شأنها الحيلولة بين الشخص وبين الحصول على دليل كتابي رغم لزوم الكتابة للإثبات ٠ فنظرا لهذه الضرورة أجاز المشرع الإثبات بشهادة الشهود على سبيل الاستثناء ، لقيام المانع من الحصول على دليل كتابي ولذلك تقول المذكرة الإيضاحية [إن وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على الدليل الكتابي ، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك تحتم الاستثناء إذ لا قبل لأحد بالمستحيل] (١) ٠

والمقصود بالمانع من الحصول على الكتابة [المانع الذي ينشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة ، أي استحالة مقصورة على شخص المتعاقد وراجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد] (٢) ٠

والبينة في هذه الحالة لا تكمل الدليل الكتابي ، كما في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولكنها تحل محلة لاستحالة الحصول عليه (٣) وهذا المانع قد يكون ماديا أو أدبيا ٠

ومثال المانع المادي أن يتعاقد شخص مع آخر في مكان لا يوجد فيه ورق أو قلم حبر ، أو أن يودع شخص عند آخر شيئا بطريق الاضطرار كما لو احترق منزل وألقى أحد السكان إلى جارة مصوغات أو ملابس يحفظها له

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٤١١ ٠

(٢) د ٠ سليمان مرقص في موجز الإثبات ف ٢٣٣ ، وطرق الإثبات جـ ٤ فـ ٤١١ ٠

د ٠ السنهوري جـ ٢ فـ ٢٣٠ ص ٤٥١ ٠

د ٠ توفيق فرج ص ١٤٩ فـ ٦٦ ٠

(٣) المذكرة الإيضاحية جـ ٣ ص ٤١١ ٠

أثناء الحريق وهو ما يطلق عليه بالوديعة الاضطرارية التي تتم في ظروف يخشى فيها الشخص من خطر داهم على الشيء دون أن يكون لديه الوقت الكافي أو الوسائل للحصول على كتابة من المودع لديه ٠

وإثبات الوديعة بالبينة يجب على المودع أمران :

الأمر الأول : يثبت الظرف المفاجئ الذي حصل الإيداع بسببه ٠

الأمر الثاني : اضطرار المودع إلى الإيداع ٠

فإن قام بهذين الأمرين فإن من حقه أن يثبت الوديعة بالبينة ولو جاوزت قيمتها ٠

ومثل الوديعة الاضطرارية وديعة نزلاء الفنادق لما معهم من أمتعة ، بحيث لا تسمح ظروف السفر بجرد أمتعة كل مسافر عند نزوله في الفندق أو مغادرته له ٠

ومثل ما لو افترض صديق من صديقه مبلغا من المال يزيد على ٥٠٠ جنيه مصري قبل قيام الطائرة أو الباخرة فإنه والحالة هذه لا يتسع الوقت للمفرض للحصول على دليل كتابي ٠

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الظروف التي تم فيها التصرف تعتبر مانعا من الحصول على دليل كتابي أم لا ؟؟ (١) ٠

ومثال المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي والذي يترتب على قيامه إجازة الإثبات بالبينة ، العلاقة بين الزوج وزوجته والأخ وأخيه والخطيب وخطيبته والابن وأبيه (٢) والخادم وسيده فوجود ظروف نفسيه خاصة تربط الطرفين وقت التعاقد تمتع كلا من الطرفين من مطالبة الطرف الآخر بتحرير ورقة مكتوبة ٠

---

(١) د ٠ عبد الودود يحيى ص ١٢٦ ، د ٠ توفيق فرج ص ١٥٥ ٠

(٢) د ٠ مختار القاضي ص ٣٨٤ ٠

بل من الموانع الأدبية ما يستمد مما جرت عليه العادة في التعامل من ذلك أن العادة لم تجر على أن يطالب الطبيب المريض بدليل كتابي على قيامه بعيادته وعلاجه ومثل هذا في علاقة الحائك بعميلة ، وفي علاقة التجار بعملائهم فيما يوردونه إلى المنازل من سلع (١) ومثل علاقة المحامي بموكليه والمدرس بتلاميذه بالنسبة للدروس الخصوصية .

وتقدير قيام المانع الأدبي مسألة موضوعية تختلف من حالة إلى أخرى ، وتستقل به محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض .

ويلزم النظر في كل حالة على حدة ، ففي الأمثلة السابقة لا تعتبر بذاتها موانع أدبية ، وإنما تعتبر كذلك في ظروف معينة ، فقد تقوم القرابة أو المصاهرة ومع ذلك لا يعتبر هذا مانعا أدبيا من الحصول على الكتابة .

وقد قضت محكمة النقض بأن [صلة القرابة أو المصاهرة مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابي بل المرجع في ذلك إلى ظروف الحالة التي تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها متى كان هذا التقدير قائما على أسباب سائغة] (٢) .

وقضت أيضا بأنه [وإن كان تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي في الأحوال التي يتطلب فيها القانون هذا الدليل ، هو من الأمور التي يستقل بها قاض الموضوع ، إلا أنه يتعين عليه في حالة رفضه هذا الطلب أن يضمن حكمة الأسباب المسوغة لذلك " (٣) .

---

(١) د . إسماعيل غانم جـ ٢ أحكام الالتزام والإثبات فـ ٣٢٧ .

(٢) نقض مدني جلسة ٢١ / ١٢ / ٧٦ ، م المكتب الفني س ٢٧ ص ١٨٠١ .

(٣) م المكتب الفني س ٢٧ ص ١٥٣٣ ، نقض مدني جلسة ٢/ ٣ / ١٩٧٦م .

ثالثا - فقد السند الكتابي :

نصت المادة ٦٣ / ب على أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة [إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه] ٠

ويفهم من هذه الفقرة أن هذه الاستثناء يفترض وجود الدليل الكتابي الصحيح وقت إنشاء التصرف إلا أنه يتعذر الإثبات بالكتابة لفقد هذا الدليل دون تقصير أو إهمال أو خطأ من الدائن ٠ أيا كانت قيمة هذا التصرف وأيا كان نوعه سواء أكان شكليا أم غير شكلي بشرط أن تكون الشكلية قد استوفت وقت إنشاء التصرف ثم فقد بعد ذلك ٠

ولكن الملاحظ أن المشرع لم يذكر سوى الدائن فقط ، إلا أنه من المسلم به أن حكمها عام التطبيق ، سواء أكان فقد السند أمر راجع إلى الدائن [المثبت للالتزام] أم إلى المدين [المثبت للوفاء] ٠

ويشترط شرطان لإجازة الإثبات بالشهادة في هذه الحالة (١) وهما :

١ - سبق وجود سند كتابي مستوفيا للشروط القانونية بسبب أجنبي لا يد لصاحبه فيه : أي أن الاستثناء في هذه الحالة يفترض توافر الشروط القانونية للسند الكتابي عند إنشاء التصرف ٠ ولذلك يشترط في الكتابة المفقودة أن تكون دليلا كتابيا كاملا ، فلا يكفي أن تكون مبدأ ثبوت بالكتاب فقط ٠

ولا يكفي أن يثبت المدعي سبق وجود السند وإنما يجب أن يثبت

---

(١) د ٠ إسماعيل غانم ص ٥٠٢ فـ ٣٢٨ ، د ٠ مختار القاضي ص ٣٨٤ ، د ٠ عبد الودود يحيى ص ١٢٨ ، د ٠ توفيق فرج ص ١٥٣ ، م ٠ صلاح حمدي ولبيب حليم ص ١٤٣ ٠

مضمونه واستيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون وخاصة إذا كان الأمر متعلقا بتصرف شكلي .

٢ - فقد السند المكتوب بسبب أجنبي :

حيث يجب على المدعي إثبات فقد السند المكتوب بسبب أجنبي لا يد له فيه ، سواء أكان المدعي دائنا أم مدينا .

والسبب الأجنبي الذي أدى إلى ضياع السند قد يكون راجعا إلى قوة قاهرة كحريق أو فيضان ، وقد يكون ناشئا عن فعل الغير ، كما لو فقد من المحامي أو من المحكمة ، وقد يكون راجعا إلى فعل المدعي عليه ، كما لو أخذه خلسة أو بالقوة أو بالحيلة .

أما لو فقده بسبب يرجع إليه حتى ولو كان خطأ أو إهمالاً فإنه لا يجوز للمدعي إثبات ادعائه بشهادة الشهود ، لأن خطأ يستبعد فكرة الحادث القهري ، كما لو تركه في مكان يسهل سرقته أو في حراسة ولد صغير ، أو أهمل في المحافظة عليه .

ولذلك قضت محكمة النقض بأنه [إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه ، جاز له إثبات ما ورد فيه بالبينة بشرط أن يكون الفقد نتيجة حادث جبري أو قوة قاهرة ، ولا يقبل تمسك الدائن بأي سبب يرجع إلى فعله ولو كان مجرد إهمال أو تراخ] (١) .

كما قضت بأنه [يعتبر سببا أجنبيا فقد السند نتيجة لإهمال محامي الدائن أو موظفي مكتبة في المحافظة عليه] (٢) .

[جواز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا فقد الدائن

---

(١) م المكتب الفني س ٢٧ . ص ١٤٤٤ جلسة ١٨/ ٦/ ١٩٧٦م ، نقض ٢٨/٦/١٩٧٦ طعن رقم ٥٠٢ . سنة ٤٢ ق .

(٢) نقض ١٨/٥/١٩٦١ س ١٢ - ٤٨٥ .

سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يدلـه فيه ولا يرجع إلى فعل الدائن أو إهماله] (١) ٠

وعلى الدائن أن يثبت الحادث الذي أدى إلى فقد السند ويكون ذلك بإثبات واقعتين هما الحادث الذي أدى إلى الفقد ، وواقعة الفقد ٠ وهو يستطيع ذلك بكل طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود لأن محل الإثبات هنا وقائع مادية (٢) ٠

التحايل على القانـــون :

من الاستثناءات التي يجوز الإثبات فيها بالبينة مهما كانت قيمة الالتزام وذلك إذا كان سبب الالتزام مخالفا للنظام العام أو للآداب أو تحايلا على القانون فإنه يجوز إثبات هذا الأمر المخالف للقانون بشهادة الشهود حتى ولو كان التصرف القانوني من التصرفات التي يجب أصلا إثباتها بالكتابة ومن أمثلة ذلك أن يذكر في عقد القرض أن سبب الدين هو القرض في حين أن السبب الحقيقي هي علاقة غير مشروعة بين الطرفين أو أن يخفض الثمن الحقيقي في عقد البيع لتخفيض رسوم التسجيل ٠

فإن مثل هذه الاتفاقات تتضمن غشا أو تحايلا على القانون يجوز لمن يتمسك به أن يثبته بكل طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن ٠

إلا أن البعض يرى أن جواز الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالات لا يعتبر استثناءا من القواعد الخاصة بوجوب الكتابة ، فالاحتيال على القانون ما هو إلا واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات (٣) ٠

---

(١) نقض ١٨/٥/ ١٩٦١ س ١٢ – ٤٨٥ ٠

(٢) د ٠ عبد الودود يحيى ص ١٢٩ ٠ المرجع السابق ٠

(٣) الدكتور / عبد الودود يحيى ص ١٢٩ ٠

حالات لا يجوز الإثبات فيها بالبينة :

توجد حالات لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود حتى ولو كانت قيمة الالتزام ٥٠٠ جنيه أو أقل (١) وهي :

١ - ما يكون مخالفا لما هو ثابت بالكتابة ، فالذي يدعي الوفاء بالتزام ثابت بالكتابة لا يستطيع إثبات هذا الوفاء إلا بالكتابة لأن الوفاء مخالف للمديونية الثابتة بالكتابة ، فإذا ادعى شخص أنه وفي بسند إذني قيمته ٢٠٠ جنيه مصري لا يقبل منه إثبات الوفاء بشهادة الشهود ، وأيضا لا يجوز إثبات شرط لا يتضمنه الدليل الكتابي بالبينة ٠ إلا أن هذه الضوابط لا تسري في المواد التجارية ٠ وفقا للمادة ٦٠ إثبات ٠

٢ - إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته في الأصل إلا الكتابة ٠

مثل ما لو طالب شخص آخر ١٥٠ جنيه مدعيا أن هذا المبلغ هو الباقي من التزام قيمته ٦٠٠ جنيه مصري أو هو قسط من التزام قيمته ٨٠٠ ففي كلتا الحالتين لا يجوز للمدعي إثبات ذلك بالبينة لأن الدين أصلا لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ٠

٣ - إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على ٥٠٠ جنيه ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة ٠ مثل ما لو رفع شخص دعوى يطالب فيها شخص آخر ٧٠٠ جنيه وأراد إثبات ذلك بالبينة ، فلما عجز عن إثبات ذلك ، عدل طلباته إلى ٥٠٠ جنيه ٠

إلا أن المشرع لم يقبل منه تعديل طلباته ، لأنه قد اعتبره حيلة للإثبات بالبينة ، والقانون لا يبيح مثل هذه الحيلة ٠

---

(١) انظر د ٠ مختار القاضي في أصول الالتزامات ص ٣٨٤ - ٣٨٥ ، وانظر المادة ٦١ إثبات ٠

والشريعة الإسلامية تأبي الحيل في الشهادة التي تبنى على الكذب وعدم الصدق وقد فرق الفقهاء في وجوب الإشهاد على العقود بين عقود النكاح وعقود البيوع ٠ حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإشهاد على عقد النكاح واجب وشرط في صحته لقول الرسول صلى الله عليه وسلم { لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل } (١) ٠

خلافا للإمام مالك الذي يرى بأن الإشهاد غير واجب إذا تم الإعلان (٢) ٠

أما بالنسبة لعقود البيوع ، فقد ذهب أبو موسى الأشعري ، وابن عمر ، والضحاك ، وسعيد بن المسيب ، وجابر بن زيد ، ومجاهد إلى أن الإشهاد واجب في البيوع لقوله تعالى : ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ (٣) والأمر هنا للوجوب ما لم يصرفه صارف ٠

وذهب كثير من الصحابة والتابعين وجمهور الفقهاء والمفسرين ، إلى أن الأمر في قوله تعالى : ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ للندب وليس للوجوب ، لقوله تعالى بعدها ﴿ فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أئتمن أمانته وليتق الله ربه ﴾ (٤) ٠

فدل ذلك على أن الأمر فيها محمول على الاستحباب (٥) وقد ورد

---

(١) أخرجه البيهقي ٧ / ١٢٥ ٠

(٢) تبصرة الحكام ١ / ٢٠٩ ٠

(٣) سورة البقرة ٢٨٢ ٠

(٤) سورة البقرة ٢٨٢ ٠

(٥) المبسوط ١٦/ ١١٢ ، تبصرة الحكام ١ / ٢٠٩ ، المهذب ٢ / ٣٢٤ ، تفسير القرطبي ٣ / ٤٠٢ ، تفسير ابن كثير ١ / ٣٣٦ ٠

عن جابر : أنه باع النبي - صلى الله عليه وسلم - جملة واستثنى ظهره إلى المدينة (١) ٠

فظاهر الحديث يدل على أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - لم يشهد على البيع ٠

وقد روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - باع وأشهد ، وباع واشترى ورهن درعه عند يهودي (٢) ولم يشهد ٠ فلو كان الإشهاد أمرا واجبا لوجب مع الرهن لخوف المنازعة (٣) والذي أراه أن الأمر يختلف حسب الشخص الذي يتعامل معه من حيث صلاحه وتقواه ومدى حرصه على الوفاء وسيرته بين الناس ٠

---

(١) أخرجه البخاري (الفتح ٤ / ٤٨٥ ، مسلم ٣ / ١٢٢٢) ٠

(٢) البخاري (الفتح ٥ / ١٤٢ . ومسلم ٣ / ١٢٢٦) ٠

(٣) الموسوعة الفقهية (مصطلح شهادة) فـ ٣٠ ص ٢٣٠ ٠

الفهـــــرس

******

